# POR

LA JVRISDICCION ORDINARIA, QVE EN LA CIUDAD DE CARMONA EXERCE EL DOCTOR DON JOSEPH DE MONTALVO Y VILLANVEVA, ALCALDE MAYOR EN ELLA, JVEZ DE LOS AVTOS

# SOBRE

LA SVCCESSION DEL VINCVLO, QVE FVNDò DOñA ELVIRA DE ESCAMILLA Y ROXAS,

# EN EL ARTICVLO

DE CLERICATO INTENTADO POR PARTE DE LA HERMANDAD DE LA CARIDAD DE LA MISMA CIVDAD ANTE EL JVEZ DE LA SANTA IGLESIA DE ESTE ARZOBISPADO,

## SOBRE QUE SE INHIBA

EL ALCALDE MAYOR DEL CONOCIMIENTO DE SVS AVTOS:

# Y SOBRE QVE

LE HA AGRAVADO CENSURAS DICHO JUEZ DE LA Santa Iglesia, y està intentado recurso de fuerza ante los Señores de la Real Audiencia, pretendiendose se declare la haze en conocer, y proceder, y que se provea auto de Legos en forma.



*Hispali apud* FRANCISCVM SANCHEZ RECIENTE *in vico de la Sierpe.*



OR EL RECVRSO DE FVERza en conocer, y proceder, se sufre oy ante V. S. la instancia de este pleyto; y como quiera, que para que se declare, la haze el Juez de la Sta. Iglesia, es preciso, que la causa sea profana por el perjuyzio, que â la Jurisdicion Real se le sigue, el conocerse esto depende de el hecho de los Autos, cuya narracion en lo preciso es conveniente se haga, para que se arreglen con mayor fundamento las doctrinas de Derecho.

2. Testò en la Ciudad de Carmona en 16. de Diziembre de 1653. Doña Elvira de Escamilla, quien de parte de sus bienes entre otras disposiciones, fundò vn *VINCVLO* con el titulo de segundo, â que aplicò diferentes possessiones, las que fue su animo permaneciessen juntas, y que con el tiempo no pereciessen, previniendo las vinculaba, para que todas ellas para *SIEMPRE JAMAS* se mantuviessen vnidas en vn cuerpo, y que permaneciesse su memoria, por considerar: *Que las cosas divididas, y partidas, en poco tiempo perecen, y quedando juntas, y enteras permanece su MEMORIA*: Como assi consta â los folios 6. y 7. de los Autos.

3. Despues de esto, entra haziendo diferētes llamamientos para despues de su vida, siendo el primero â D. Fernando Caro Galindo su sobrino, sus hijos legitimos varones, y hembras, y tambien sus descendientes legitimos con preferencia del mayor al menor, y el varon â la hembra, y por falta de esta linea â D. Geronymo Caro Galindo su hermano en la misma forma, y despues â Don Juan Alberto su hermano, y sus descendientes, y en quarto lugar â Doña Inès Caro Galindo Escamilla, hija de Doña Isabèl de Escamilla su hermana, y sus descendientes, y en su falta â Doña Juana Caro Galindo, hermana de la dicha Doña Inès.

4. Y despues pone la clausula, q̃ se sigue: *Y si, lo que Dios no quiera, ni permita, no huviere succession de los por mi llamados â este dicho Vinculo, y bienes de èl; en tal caso quiero, y es mi voluntad, que el postrero posseedor de los dichos bienes de el dicho Vinculo los pueda mandar, y dexar à la persona, ò personas, que le PARECIERE, Y FVERE SV VOLVNTAD.* Assi consta al fol. 8.

5. Despues pone diferentes condiciones, como son, los reparos de los bienes de el Vinculo, los q̃ previno estuviessen bien labrados, y que fuessen en aumento, y no viniesse en diminucion, y que lo que se acrecentasse, quedasse en èl *PARA SIEMPRE JAMAS.* Que no succediessen Frayles, Monjas, ni de otra Religion, excepto de los quatro Ordenes Militares. La prohibicion de enagenacion por ningun titulo, que se quiera hazer con pena â los que contravinieren, previniendo hazia esta fundacion, con que se cumpliessen dichas condiciones *PERPETVAMENTE PARA SIEMPRE JAMAS.* Y tambien, que si se redimiessen algunos tributos, se depositassen en el posseedor, ò posseedores *de este VINCVLO, Y MAYORAZGO*, que dexaba fundado. Assi consta al fol. 8. y B.ta.

6. Aviendolo posseìdo algunos de los llamados, como vno de ellos recayò en el dicho Don Geronymo Caro Galindo, quien por su testamento otorgado en 30. de Diziembre de el año passado de 702. contemplandose vltimo posseedor, y por consiguiente, que los bienes eran libres, de que à su voluntad podia disponer, como le pareciesse, nombrò por vsufructuaria, assi de los rayzes suyos, como de los de este Vinculo, â Doña Luziana Ramirez de Montalvo su muger, con prohibicion, de que durante su vida, no los pudiesse enagenar en ninguna manera, y por fin de la vida de la susodicha previno, avia de succeder en todos ellos la Hermandad de la Caridad en esta forma: *Y yo se los dexo, y mando â la Hermandad de la Santa Misericordia, y Caridad de Nro. Señor* JESV-CHRISTO; y poco despues: *Para que con la renta, que dichos bienes rentaren, se mantengan dichos pobres, y las camas, que fueren menester.* Assi consta al fol. 13.

7. Muerto el dicho D. Geronymo, baxo de esta disposicion, y viviendo la dicha Doña Luziana, se formaron ante el Alcalde Mayor de dicha Ciudad autos, que tuvieron principio en 15. de Noviembre de el año passado de 721. por Don Juan Antonio Gutierrez de Armijo, pretendiendo, que mediante averseles transferido la possession civil, y natural de los bienes de este Vinculo por pariente transversal de la Fundadora, se le diesse la Real, y actual, la que con efecto se le diò, y contradixo la Hermandad, formando articulo summarissimo de manutencion en la possession,

ſion, que dixo tener de los bienes de la diſpoſicion de la dicha Doña Elvira, por ſer heredera dicha Hermandad de Don Geronymo Caro Galindo, por cuya muerte de muchos años â aquella parte los eſtaba poſſeyendo, preſentando ſolamente teſtimonio de el teſtamento de el dicho Don Geronymo, y ſu fee de muerte, ſin otro inſtrumento, por donde conſtaſſe aver tomado la poſſeſsion, aſsi conſta deſde el fol. 11.

8. Y por el dicho Don Juan Antonio en 3. de Junio de 722. ſe deſiſtiò de el juyzio poſſeſſorio principiado ſobre los bienes de eſte Vinculo, y puſo demanda en forma â la Hermandad ſobre la propriedad, de que ſe le mandò dàr traslado, para que reſpondieſſe, y ſe huvo por deſiſtido al D. Juan Antonio de el Juyzio poſſeſſorio principiado, y por admitida la demanda ſobre dicha propriedad, ſobre q̄ ſe ſufria el pleyto por auto, que ſe proveyò en 11. de Enero de 723.

9. Con el motivo de eſta notificacion saliò ante el Juez de la Sta. Igleſia en 22. de dicho mes, y año, intentando el Clericato, fundado en las diſpoſiciones de la dicha Doña Elvira, y de D. Geronymo Caro Galindo, y aſsimiſmo, en que aviendo intentado el ſummariſsimo de manutencion, ſe avia deſiſtido el Don Juan Antonio de el juyzio poſſeſſorio, y pueſtole demanda en la propriedad, y que tocandole la de los bienes de eſte Vinculo, era privativo en el Juez de la Santa Igleſia ſu conocimiento, deſpachandoſe las primeras letras, que pidiò, para que ſe inhibieſſe el dicho Alcalde Mayor.

10. Y aviendoſele intimado cōpareciò ante dicho Juez, formando la declinatoria en toda forma, fundado en la naturaleza de eſte pleyto, prevencion de la Juriſdiccion Real; reſerva para conocer en la propriedad; ningun Derecho â la de los bienes en la Hermandad, y otros fundamentos, que ſe expreſſaron, y conſtan de el pleyto, â que procurò ſatisfacer la parte de la Hermandad; preſentandoſe algunos inſtrumentos, y entre ellos vno, en que conſtaba, que aviendo pueſto cierta demanda Doña Gabriela Caro â los bienes de el dicho Don Geronymo, ê intentado Clericato la Hermandad, y deſpachado agravatorias el Juez de la Santa Igleſia, ſe declarò por eſta Real Audiencia hazia

zia fuerza en conocer, y proceder.

11. Y pendiente este articulo, aviendo muerto la dicha Doña Luziana en 11. de Enero de este año, se presentaron por la Hermandad ciertos testimonios para justificar, que desde dicho dia primero de Enero posseìa todos los bienes, de que quedò heredera de su marido la dicha Doña Luziana, y vistos los autos con las alegaciones de vna, y otra parte, por el proveido en 8. de Julio por el Juez de la Santa Iglesia, se mandaron agravar censuras, lo que motiva el recurso, que està intentado.

12. His sic in facto narratis; para mayor claridad de la justicia, q̃ asiste â la Jurisdiccion Real, que exerce el Alcalde Mayor, se divide su defensa en dos medios: En el primero se procura fundar, que por ser estos bienes de Mayorazgo, cuya naturaleza no le pudo quitar dicho Don Geronymo por su disposicion, toca el conocimiento â la Jurisdiccion Real: Y en el segundo se procura persuadir, que, aunque por muerte de el dicho Don Geronymo, quedassen libres de la vinculacion los bienes de este Vinculo, y Mayorazgo, no tuvo derecho la Hermandad â la propriedad por la institucion, que se le hizo, ni tampoco possession bastante, para que pudiesse consistir el Clericato intentado.

# PVNTO PRIMERO.

13. NADIE ha dudado, que las causas de Mayorazgo tocan tan privativamente sobre la Tenuta, y sobre la propriedad â la Jurisdiccion Real, que el Clerigo por esta razon, nunca pueda valerse de su fuero en tanto grado, que dificultando Rox. *de incomp.* con el motivo de la disposicion de la *L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* sobre la validacion de la exclusion de el Clerigo, para succeder en el Mayorazgo, llegò â discurir en la *part. 1. cap. 9. num. 17.* pudo averse movido el Fundador por razon del privilegio de el fuero Eclesiastico, y dificultad, que se pudiera hallar en convenirlo, para que cumpliesse las condiciones de el Fundador; pero Aguila su Addicionador en la misma parte, y capitulo *num. 51.* dize: *Dubia tamen hæc ratio est; Clericus namque in causis Maioratus privilegium fori non habet, nam, aut agi-*

*agitur iudicio Tenutæ, aut iudicio proprietatis; sed vtroque casu apud Iudices Regios causa agitanda est: Ergo.*

14. Y al *n.* 52. concluye â nuestro intento, diciendo:*Sed obserVa, iudicium Tenutæ privativè competere apud Regios, & Supremos Consiliarios; indè receptum esse etiam contra Clericum posse proponi, si actualis bonorum possessor sit*; llevando en esto la opinion contraria â Bobadilla por ser comun en Paz de Tenuta *tom.* 2. *cap.* 63. Addent. ad Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 1. D. Solorzan. *lib.* 3. *politic. cap.* 30. Carlev. *de Iudic. disp.* 2. *num.* 954. D. Larr. *decis.* 10. y otros, que â este fin cita.

15. En tanto grado, que aunque en el Clerigo aya Actual, y Real possesion de los bienes de el Mayorazgo, ninguna jurisdiccion tiene en ellos la Iglesia. Siendo la razon, que dà al *num.* 82. porque se trata de bienes temporales, en que no se considera la persona de el Clerigo, y que de *hoc vnqüam dubitatum est*, pues si para succeder vn Clerigo, ô Monje, fuere necessaria legitimacion, esta no debe hazerla el Papa, sino es el Rey, mediante, que la potestad de este por la materia de Mayorazgo se extiende â las personas Eclesiasticas; de cuya opinion dize son D. Greg. Lop. *in L.* 4. *glos. En cuyos Señorios. tit.* 5. *part.* 5 D. Salzed. *de Lege polit. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 24. y otros.

16. Conque toda la vez, que se llegàre â justificar, que por lo dispuesto por la dicha Doña Elvira, subsiste, y debe subsistir el Vinculo, que fundò de sus bienes; no obstante la disposicion de D. Geronymo Caro Galindo, el conocimiento es privativo de la Jurisdiccion Real, para determinar, tanto sobre la Tenuta, quanto sobre la propriedad de este Vinculo.

17. Clara, y expressamente se manifiesta de la disposicion de Doña Elvira de Escamilla la volũtad principal de fundar *VINCVLO*, y *MAYORAZGO PERPETVO*, cuyos bienes se conservassen, y mantuviessen vnidos para *SIEMPRE*, prohibiendo su enagenacion por la conservacion de su familia, y permanencia de su *MEMORIA*; en cuyo caso, por ser esta disposicion indirectè â favor de transversales sus parientes, aunque para la succession llamò â aquellas lineas, de que està hecha mencion, y que el vltimo de los nombrados parece fue el dicho D. Geronymo Caro, por su muerte no quedaron los bienes de el Vinculo libres, antes

si, llamados â su succession los demàs parientes transversales de la Fundadora; de calidad, que hasta llegar al vltimo de todos, no se pueden, ni deben considerar los bienes como libres, para poder disponer de ellos.

18. Que en estos terminos, y aunque fuesse fundado el Mayorazgo, y â la succession de èl llamados los descendientes de el Fundador, no eran excluìdos los transversales por la precisa naturaléza de los Mayorazgos, y por la costumbre de España, se prueba ab argumento *de L. Ex empto. 11. ff. de actionib. emp.* ibi: *Quòd si nihil convènit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt.* y de el texto *in L. Servus plurium. 53. §. fin. ff. de leg. 1.* ibi: *Ante omnia ipsius Patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.*

19. Siendo la razon de esto, que el que haze Mayorazgo se presume quiere concurran todas las circunstancias precisas para èl, y como quiera que los bienes no puedan conservarse vinculados perpetuamente, ni tampoco su familia sino por subrrogacion de los que son de ella misma, es justo persuadirse, que el Fundador llamò â los transversales por subrrogacion, pues de esta forma se consigue la conservacion perpetua de los Mayorazgos, no siendo nuevo, que de vna vocacion se deduzgan muchas substituciones *ex L. Cohæredi. §. Qui discretas. ff. de vulgar.* & meliùs *in L. Peto. 69. ff. de legat. 2.*

20. Estas razones, que parecen de congruencia, son tan eficazes, que con ellas, y otras muchas fundaron esta conclusion gravissimos Authores, y entre ellos D. Covarr. *lib. 3. variar. cap. 5. num. 1. & sequent.* D. Molin. *lib. 1. de Primog. cap. 4. num.* 13. cum sequentib. Add. *num.* 38. alter Molin. *de iust. & iur. disp.* 558. *num. 2. &* 3. D. Castill. *lib. 2. cap. 22. num. 57. 64. 75. & sequent. & tom. 4. cap. 60. num. 50. & lib. 5. cap. 93. §. 2. num. 8. & cap. 119. num. 37. & cap. 143. & cap. 166. num. 24. & cap. 164.* D. Larrea *decis.* 33. D. Salg. post labyrint. *dec.* 87. *y* 88. y â mas de estos, otros muchos, que citan, procediendo conformes, en que en la vocacion de descendientes no està la exclusion de los transversales, llegando â dezir Azevedo en la rubrica *ad tit. 7. lib. 5. Recop. num. 6.* que si vn Fundador dixere, que hazia Mayorazgo de sus bienes; *etiam si tantùm vnus ad eum vocetur, erit perpetuus Maioratus.*

Sien-

21. Siendo la razon, porque la disposicion se dirige â la vinculacion principaliter, y no â las vocaciones; proporcionandose los terminos de la *L. Cùm ita.* 32. §. *In fideicom. ff. de leg.* 2. donde se dispone, que *in fideicommisso, quod familiæ relinquitur: hi, ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos, omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint,* sin que obste la diferencia, que se quiere constituir entre fideicommisso familiar, â Vinculo, y Mayorazgo; porque como explican, y fundan muy bien D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 58. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 30. *& cap.* 11. *num.* 3. *& cap.* 13. *num.* 91. *& lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 46. y otros, en los Vinculos, y Mayorazgos eo ipso, que se fundan, se entienden los bienes vinculados dexados â la familia, entendiendose erecto solamente â este fin el Mayorazgo para que se conserve, y no perezca la *MEMORIA.*

22. Præmaximè, quando, como en nuestro caso, se expressò con repeticion el *PARA SIEMPRE,* que denota perpetuidad, por la razon del texto *in L.* 3. *ff. de exceptionib.* ibi: *Perpetuæ, atque peremptoriæ sunt, quæ semper obstant.* Con cuyo texto, y el de la *L.* 1. *ff. Solut. matrim.* D. Castill. *dict. lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 89. y siguientes, *& lib.* 5. *cap.* 93. §. 4. *num.* 2. Fusar. *de substitut. quæst.* 688. *num.* 17. & sequent. & D. Valenz. *consil.* 40. *num.* 15. *y* 16. fundan, que por la diccion *SEMPER,* se significa perpetuidad, infinidad, y succession de tiempos, y que de concurrir con esta perpetuidad prohibicion de enagenacion real, aunque falten las personas llamadas, dura siempre la prohibicion, y se extiende in infinitum, lo que repitiò D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 6. *num.* 22. y fundaron Peregrin. *de fideicommissis. art.* 1. *num.* 28. Fusar. *quæst.* 679. y otros.

23. Y que de concurrir en la fundacion la clausula, como en la nuestra, de que los bienes siempre estèn mejorados, para que no vengan â diminucion, se entienda perpetuidad, se comprueba *ex text. in L. Mulier.* §. *Si hæres. ff. Ad Trebelian.* Con el qual, y otras authoridades fundaron esta conclusion D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 1. & ibi Add. Angul. *de Meliorat. lib.* 1. *gloss.* 12. *num.* 26. y Garz. *de Expen. cap.* 16. *num.* 38.

24. No es de menor consideracion el animo, que manifestò la Fundadora en vincular sus bienes, que fue el de

con-

conservar su *MEMORIA*, como se dixo en el hecho *num. 2.* en cuyo caso, es evidente la conservacion de su Familia sin respecto formal à las vocaciones, y tocando este punto Alvarez Peg. *de inclus. cap. 6. num.* 58. pone à nuestro intento las palabras siguientes: *Vbicumque adsunt verba perpetuitatem denotantia, in favorem generis, aut familiæ, non inducitur restrictio aliqua ex eo, quòd aliquæ vocationes speciales fuerint factæ, sed ad colaterales etiam extendi debet maioratus*; discurriendo latamente por todo dicho capitulo sexto sobre las conjeturas, y clausulas, que inducen la perpetuidad de el Mayorazgo, en el qual difusissimamente se pueden vèr, por conducentes à nuestro caso.

25. Sin que obstasse, que la Fundadora en los llamamientos, que hizo, huviesse prevenido se succediesse por linea recta, porque aunque esta disposicion huviesse sido asi, y se huviera terminado à descendientes suyos, que no se terminò, sin embargo no estaban excluydos los transversales; respecto de que siendo el fin la conservacion de sus bienes, y *MEMORIA*, se entienden llamados, *ex cap. 1. de natur. succes. feud.* con lo que discurrieron D. Castill. *dict. lib.* 5. *cap.* 92. *à num.* 48. *&* *cap.* 93 *num.* 46. *y* 47. y Mieres 2. *part. quæst.* 7. *num.* 52. de calidad, que en duda debe juzgarse por la perpetuidad, y conservacion de el Mayorazgo, la que se debe extender à todos los de la Familia, como fundò el mismo Mieres 4. *part. quæst.* 29. *num.* 29. y tambien D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 143. §. *Vnico. n.* 2.

26. Y respecto, de què en esta materia se halla alguna duda en la inteligencia de los Authores, pues el Sr. Gregorio Lopez *in L. 2. tit.* 15. *part.* 2. Verb. *El mas propinquo.* con los demàs, que le siguieron, de cuyo numero son Azevedo *consil.* 2. *num.* 59. *&* *consil.* 18. *num.* 13. Petr. Barb. *in leg. Si constante. in princip. num.* 103. *ff. Solut. matrim.* llevò, que si vno haze Mayorazgo en su hijo mayor, y en su defecto en otro hijo, ò hijos, y descendientes, que muriendo todos; espira el Mayorazgo, y que no se admiten los transversales, por quedar los bienes libres; es preciso proceder con esta distincion: ò el Mayorazgo se fundò con el fin de conservar los bienes vnidos, la memoria de el Fundador, la perpetuidad de las succesiones, la preferencia de varones à hembras, mayores à menores, y demàs clausu-

las,

las, siendo esto lo principal de la intencion de el Fundador; y despues se passaron à hazer las vocaciones: ô el Mayorazgo al tiempo de fundarse se terminò à las personas nombradas principaliter, y respecto de ellas, fueron las clausulas de perpetuidad, prohibicion de enagenacion, ò semejantes: ò el Mayorazgo se fundò en favor de cierto matrimonio para los hijos, y descendientes, que huviera de èl tan solamente.

27. De estos tres casos no ay duda, que quando el Mayorazgo fue en favor de cierto matrimonio, ò quando fue respecto de ciertas personas principaliter, acabadas las vocaciones, se acabò el Mayorazgo, sin que tengan derecho â succeder los transversales; pero en el primero, en que la primaria intencion del Fundador es conservar su *MEMORIA*, fundando *VINCULO* perpetuo de sus bienes, porq̃ vnidos se cõservan, y desvnidos se pierden, prohibiendo *PERPETUAMENTE* la enagenacion, y poniendo todas las demàs clausulas regulares, passando *secundariò* à hazer las vocaciones, aunque no huviesse hecho mas, que vna, y esta huviera faltado, duraba el Vinculo, y debian, y deben ser admitidos los transversales à la succesion.

28. Esta conclusion es tomada de Alvarez Peg. *cap.* 5. *de exclusion.* Quien tocando el punto presente en los terminos, en que và discurrido, y exornandolo desde el principio de el capitulo signanter â *num.* 33. y confessando en el 38. lo dudosa que es esta question, por la opinion de el Sr. Gregorio Lopez, y los que le siguen, concluye satìs ad nostrum intentum *in dict. num.* 38. per hæc verba: *In qua regulariter distinguendum esse dico, inter eum casum, in quo maioratus instituitur ad certum, & determinatum matrimonium, & ad illius filios, & descendentes tantumodo; & inter eum casum, in quo ad maioratus succesionem vocantur principaliter certæ personæ, & in earum defectu, nihil providetur; & inter eum casum, in quo instituitur maioratus in filio, aut consanguineo, & Institutor profitetur facere maioratum, & quòd per eorum regulas, & naturam succedatur; aut indefinitè asserat facere voluisse maioratum, & quòd in bonis succedatur per viam illius, & vltra primam vocationem ad alias non progreditur, aut nullam vocationem facit, sed profitetur facere, & erigere maioratum. Ita vt sensus sit, quòd in primo, & secundo casu, non succedant transversales, sed tantummodò filii, & descen-*

 *den-*

*dentes, & personæ vocatæ::::* *At verò in tertio casu procedit opinio Molinæ, & aliorum, de quibus suprà, vt ibi diximus.* Hactenus Pegas.

29. Este lugar del Sr. Molina, â que se remite Pegas, es al del *libro primero cap.* 4. *num.* 17. en que admitiò llanamente â los transversales; pero sus Addentes en el mismo lugar dàn la inteligencia, segun lo que se lleva discurrido, mediante que dizen; que si el Testador comenzò haziendo el Mayorazgo, y despues passò â hazer las vocaciones, aunque estas sean limitadas, dura el Mayorazgo en todos los parientes; lo contrario, quando comenzò por las vocaciones, y acabò en Mayorazgo, y prohibicion de enagenacion; en cuyo caso esta se entiende respectiva â los nombrados, y faltando estos, quedan libres los bienes del Mayorazgo; siendo del mismo dictamen Jul. Cap. *tom.* 4. *disceptat.* 271. por aver sido el fideicommisso, sobre que escriviò, introducido por las vocaciones, y respecto de ciertas personas, y lineas; despues de las quales, como dize al *num.* 8. vino â la prohibicion de enagenacion; conduciendo tambien Cyriac. no solo en la *controv.* 281. sino en el *tom.* 4. *cap.* 579. â que se remite Caponio.

30. Con cuya inteligencia, que como dizen los Addentes, es la recebida en practica, y la mas genuina, se concilian todas las opiniones; porque, aunque la perpetuidad simpliciter sumpta, ayan discurrido algunos, que in omnibus produce su efecto; discurrieron otros, y entre ellos Escobar *de ratiocin. cap.* 41. *num.* 18. Surdo *cons.* 298. *num.* 21. que si se pone en disposicion perpetua, dura vsque in infinitum, & in omnibus casibus; pero si cayere en temporal, sigue su naturaleza, y se restringe â ella; de quo fusiùs Pegas *de inclus. cap.* 5. *num.* 124. *& cap.* 6. *num.* 65. Y como quiera, que quando se funda Mayorazgo al principio, la naturaleza de este es perpetua, poniendose las vozes *de siempre, y perpetuamente,* estas siguen su naturaleza; de la misma forma, quando comienza por ciertas vocaciones, y despues de ellas vltra non progreditur el Fundador, sino solo passa â la prohibicion; en este caso se entiende temporal, y se proporcionan los terminos de la *L. Pater filiæ. ff. de servit. legat.* de qua Add. ad D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 4. *à num.* 30. *ad* 34.

Con-

31. Confirma este discurso Aguila ad Roxas. 1. *part. cap.* 2. *num.* 38. *vbi dicit*: *Quòd quando maioratus simpliciter instituitur, & posteà aliqui vocantur per speciales vocationes, maioratus non restringitur; quando autem aliquibus bona relinquuntur, vt possideant bona indivisibilia, & in alienabilia, etiam sub nomine Vinculi, & maioratus, tunc vocatio specialis per generale verbum maioratus non ampliatur*; remitiendose â diferentes Authores, y especialmente à Matute *disquisit. leg.* 12.

32. Todo lo discurrido hasta aqui, en que no queda la menor razon de dudar, parece lo destruye lo dispuesto por la Fundadora, en la clausula, de que se hizo mencion al *num.* 4. porque, si lo que en ella dixo fue, que de no aver Successor de los que llamaba â este Vinculo, en tal caso queria, y era su voluntad, que el vltimo posseedor pudiesse mandar, y dexar los bienes de èl â la persona, ò personas, que le pareciere, y fuere su voluntad; no dudandose, que el vltimo de los llamados fue Don Geronymo Caro Galindo, este, en virtud de la facultad, que por la Fundadora se le concediò, pudo dexar los bienes, como libres â la Hermandad; pues aunque, como queda discurrido, y fundado, por el modo de la disposicion, el Vinculo quedò perpetuo, por no dezir respecto preciso â las vocaciones, con esta clausula, parece, restringiò â ellas, y su duracion, la perpetuidad, y por consiguiente excluìa la succesion de los transversales.

33. Esta es la mayor dificultad, que se discurre podrà tocarse por la Hermandad, para justificar la disposicion de el dicho Don Geronymo, y herencia, que le dexò, excluyendo totalmente la pretension de Don Juan Antonio Gutierrez de Armijo, y conocimiento de la jurisdiccion Real.

34. Sed nil minùs: Porque si es vulgar Axioma, y por tal lo traen Valasc. *consult.* 191. *num.* 21. Paz *de Tenut. cap.* 4. *num.* 7. D. Valenz. Velazq. *cons.* 52. *num.* 20. y otros, que para que competa accion al Successor, debe probar la subsistencia de el mayorazgo, *vt potè, quia cùm actio fundetur in qualitate maioratus, debet ante omnia verificare dictam vinculi qualitatem, sicut fundamentum suæ intentionis,* que dixo Pegas *de Exclusion. cap.* 6. *num.* 195. y 196. No se aparta de este principio el Alcalde mayor, por defensa de su jurisdiccion Ordinaria, y esto no con otro fundamento, que con el

el mismo, que resulta de la clausula, con que se forma la instancia.

35. Y admitiendo, que aquel postrero posseedor sea el vltimo de los especialmente llamados, y que esto se entendiesse sin dificultad alguna de el dicho D. Geronymo; pues la clausula bien leida, formalmente no lo dize; aunque la facultad, que parece se le diò, fue para que segun le pareciesse, y fuesse su voluntad, dispusiesse de los bienes de el vinculo, mandandolos, y dexandolos â qualquiera persona; y aunque quando en esto expessamente quisiera entender el dicho Don Geronymo, pudiera averselos dexado â la Hermandad, excluyendo â los parientes transversales de la Fundadora; no obstante, segun Derecho, la nominacion debiò ser precisamente â estos, con exclusion de otro qualquiera estraño, en que se incluye la Hermandad, y toda vez, que esto se pruebe, destruìda, por mal entendida por el dicho Don Geronymo, la facultad, queda por consiguiente preciso destruìdo tambien el derecho de la Hermandad, y assegurado el de la jurisdiccion Real.

36. No fue visto por las palabras *PARECIERE, Y FVERE SV VOLVNTAD*, aver querido la Fundadora, se deshiziesse el Mayorazgo, â cuya conservacion, y perpetuidad, atendiò siempre, y tambien â la de su memoria, ni que tan presto se corrigiesse, y â las demàs clausulas de succesion, y perpetuidad, restringiendolo todo â la vida de los llamados, cuya conjetura es genuina, por lo que de la misma fundacion se colige, y ni el dicho Don Geronymo pudo entenderlas en sentido contrario, sino muy regulado *arbitrio boni viri*, que es en el mismo, en que las explica Menoch. *de Arbitr. lib.* 1. *q.* 8. *â num.* 1. *ad* 14. *& per totam.* Y en terminos de mayorazgo, si lo podrà el Comissario hazer irregular, quando el Fundador lo cometiò â su arbitrio, juyzio, y discrecion, ô puso las clausulas prout *SIBI VISVM FVERIT, ARBITRATVS FVERIT, VEL PLACVERIT*, resuelve Aguila *ad Rox.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 410. negativamente; porque estas clausulas se reducen â vna facultad limitada, y por esto nula la fundacion de vinculo irregular, debiendo hazerlo regular.

37. Confirmase lo dicho, y la inteligencia de las clausulas *PARECIERE, Y FVERE SV VOLVNTAD*,

 de

de que como regla general se ha escrito mucho por los Authores, con otra clausula de fundacion, de q̃ haze mencion Noguer. *alleg. 9. num. 62.* de vna muger, que aviendo fundado vinculo, ô queriendo fundarlo, segun su naturaleza, y â beneficio de sus parientes, diò facultad â su marido, puso la de el tenor siguiente: *Al qual mando el remaniente de el quinto de mis bienes, para que disponga de èl, como quisiere, vinculandole, dandolo libre, demàs de el suyo, à descendientes, ò estraños, como quisiere.*

38. Fundò con efecto el marido el vinculo de este quinto, y â èl llamò â sus proprios parientes, pretermitiendo â los de su muger; y discurriendo desde el numero 73. funda â favor de los parientes de la muger, por las reglas, de que siendo su voluntad explicada, ô presumpta, â favor de sus parientes, aunque la comission fue general, la eleccion debiò ser segun la sujeta materia, pues de lo contrario, en virtud de dicha facultad, se siguiera corregirse el Testador in continenti, lo que no es de presumir.

39. Mas en terminos està D. Castillo *tom. 5. Controv. cap. 87. à num. 32. & in num. 33. & in num. 34.* concluye in hunc modum: *Quòd maioratum instituens, eo ipso bona velle in propria familia perpetuò conservare censendus est::: & quòd eligendi facultas, successori maioratus, etiam in amplissima forma, & per verba quantumcunque generalia, & absolutam voluntatem significantia, intelligantur, vt eligere debeat ex his, qui de familia sint, nec extraneum eligere possunt*; y prosigue hasta el fin del capitulo, repitiẽdo lo mismo en el *tom. 6. cap. 142. n. 22. fin.* y Alvarado *de Coniectur. ment. defunct. libr. 2. cap. 2.* tratando de estas mismas clausulas, y facultad libre, la limita al *num. 18.* en dos casos: El primero, quando expressamente quiso el Testador explicarse â favor de sus parientes, y q̃ los bienes no saliessen de su Familia: Y el segundo, *si tacitè sentiat, eo quòd velit, quòd sit maioria constituta*, dando la razon: *Quia melius per proximiorem vnum, vel proximiores familia conservetur*; que es muy especial para nuestro assumpto, citando â estos, y otros Authores Noguer. *in relata allegat. 9. num. 74.*

40. Supuesto el derecho de los transversales, y recurriendo â la facultad, para que esta se entienda â favor de los parientes primero, que los estraños, es especial la opinion de Fontanel. *de pact. claus. 4. glos. 25. num. 28. vers.*

D *Hanc*

*Hanc opinionem.* en terminos de Padre, que diò facultad â vn hijo, *prout illi magis placeret,* para que nombrasse, y eligiesse vno de tres, ô quatro hermanos suyos; y aviendo este nombrado al tercero, vsando de dicha facultad, fue preferido el primero en contradictorio juyzio, *non obstantibus clausulis liberam facultatem concedere volentibus*, por la preferencia, que se considera en el mas proximo; siendo el fundamento de todo esto, el que traen los Add. ad D. Molin. *lib. 2. cap. 5. num. 4. & 5. vers. Nec personæ extraneæ.* que es el pervertirse la naturaleza de los Mayorazgos, y la presumpta mente de los Fundadores.

41. Y en el caso presente se verifica esto, pues la Fundadora, que con tanto cuydado procurò la vnion de sus bienes, la conservacion de su memoria, el acrecentamiento, y la duracion perpetua en beneficio de los transversales, â quienes llamò, no es dable, que teniendo otros muchos, quisiesse con la facultad, que contiene dicha clausula, excluirlos, y que se admitiessen estraños, debiendose entender, la que concediò, regulada â los suyos; mayormente, quando, aunque se quiera considerar duda entre parientes, y estraños, ha de vencer la naturaleza de Mayorazgo; porque de lo cōtrario, se acababa la memoria de la Fundadora, y se perdian los bienes, y juntamente, que debiendose mantener el Vinculo, no pudo ser nombrada la Hermandad, por la prohibicion de succeder persona Eclesiastica; y siempre que el titulo aya de ser como libres los bienes, resistiendole, como le resiste, la subsistencia de la vinculacion, ex fundamentis abundanter consideratis, se halla totalmente excluìda.

42. Y en estos terminos se sigue por consequencia legitima, que no aviendo duda en la fundacion, ni quedando alguna, en que oy subsiste la misma, el conocimiento, por materia de Mayorazgo, es totalmente ageno de la jurisdiccion Eclesiastica, y privativo de la Real.

43. Discurrese podrà instar la Hermandad con la vnica opinion de Paz *de tenut. cap. 64. num. vltim.* en que haziendole fuerza el *cap. vltim. de Iudiciis,* procurò dar diferencia entre el Clerigo, que en el Real Consejo obtuvo la tenuta, y despues se le puso en la Real Chancilleria demanda sobre la propriedad; al Clerigo, que ante el Juez Ordinario pro-

pu-

puso el possessorio, y aviendo obtenido en èl, se le puso la demanda en la propriedad, resolviendo, que en el primer caso no puede intentar la declinatoria, ê inclinandose en el segundo, â que sobre el juyzio de propriedad debe ser convenido en su fuero Eclesiastico.

44. Y â mas de ser vnico en esta opinion, aun quando fuesse totalmente cierta, no era adaptable, mediante hablar de tenuta, ô possessorio, pronunciado â favor del Clerigo, por el Juez Real, lo que falta en nuestro caso; pues pedida, y dada la possession â Don Juan de Armijo, se intentò por la Hermandad el sumarissimo; y por Don Juan de Armijo se desistiò de el possessorio, poniendo demanda en la propriedad, sin que la Hermandad, conformandose con la doctrina de Roxas *de incompatib.* 5. *part. cap.* 5. *num.* 51. huviesse pedido declarasse el Alcalde mayor sobre la manutencion, ni aver en el pleyto otro auto, en que se declaràsse la possession; y para que proceda la opinion de Paz, es necessario *fuisset pronunciatum per Iudicem Ordinarium translatam fuisse possessionem civilem, & naturalem legis Taurinensis in Clericum.*

45. Vlteriùs: para convencimiento de la opinion de Paz, està la de Cortiada *decis.* 241. donde pregunta, si el Clerigo en el interdicto possessorio de alhaja profana sit conveniendus â Laico coram Iudice Ecclesiastico, seu Sæculari; y teniendo presente el *cap. vltim. de Iudic.* trae desde el *num.* 8. las opiniones afirmativa, y negativa, por ambas jurisdicciones; y desde el *num.* 22. acercandose â nuestra question, propone la de si el Clerigo obtuvo sentẽcia ante el Juez Real en el possessorio, podrà ante el mismo ser convenido en el petitorio, y refiriendo tambien las opiniones, desde el *num.* 26. funda la suya, diciendo: Que si en el possessorio intentado por el Clerigo no ay admixta causa de propriedad, puede intentar declinatoria, y lo contrario si huviesse admixta causa.

46. El fundamento, que tiene, dize, consiste en que entonces el Juez de el possessorio es tambien de el petitorio, porque assi lo admite la practica de España, &c. propterea, dize en el *num.* 27. que, *tunc contra Clericum, qui obtinuit coram Iudice Sæculari in iudicio tenutæ, quod est possessorium summarissimum, interim pertinet cognitio petitorii ad eundem Iudicem.*

*Se-*

*Secularem*, prosiguiendo, que en estos terminos se debe entender Carleval *de Iudiciis*, y demàs, que le siguen; concluyendo, en que *aliàs istorum dicta nullum haberent fundamentum, & ex diametro se opponerent dispositioni textus in cap. fin. de Iudic.* Fuera de que, si bien se atiende â lo que executò dicho Don Juan Antonio, no fue otra cosa, que, assi como para el possessorio, que intentò ante el Alcalde mayor, le reconociò jurisdiccion, como Juez privativo, y competente, que no se puede dudar lo es, de la misma forma, desistiendose de este juyzio, propuso el de la propriedad, y siendo igual la jurisdiccion, que le compete para el vno, tanto como para el otro, es vulnerarsela pretender la Hermandad inhibirlo, pues el juyzio introducido fue puramente de Mayorazgo, sin reconvencion alguna, que se le pusiesse â la Hermandad, pues ni aun le confessò la possession, en virtud de que intentò la manutencion, ni aunque la huviera confessado, pudiera perjudicar â la Jurisdiccion Real, que debe defender el Alcalde mayor.

47. Y en estos terminos la Jurisdiccion Real funda su intencion, en q̃ D. Juan Antonio intētò ante el Alcalde Mayor vn Possessorio sobre Mayorazgo, que de sui natura habet admixtam causam proprietatis, como fundò Carlev. *tit. 1. disp. 2. num.* 958. En cuyo caso, aunque se acabasse el Juyzio de Tenuta, ò possessorio, no lo queda el conocimiento para el petitorio, ac per consequens dice in dict. num. *preventio operatur, vt coram eisdem Iudicibus terminetur. Præsertim cùm sepæ res ipsa, & litis natura trahat ad se personam, vt in feudis. Ex cap. Ex transmissa. 6. & cap. Verùm. 7. de foro compet.*

48. De calidad, que si ante el Juez Real se intentàre petitorio, y possessorio juntos, ò el possessorio con admixta causa de propriedad, aunque se determine el possessorio, queda reservada al Juez Real la jurisdiccion para el petitorio, aun entre personas de diverso fuero, vt prosequitur satìs clarè Carlev. *dict. loc. num. 959.*

49. Lo que executò la Hermandad fue, salir como vn Tercero, contradiciendo la possession, que en virtud de mandato del Alcalde Mayor se le avia dado al Don Juan Antonio Gutierrez de Armijo, formando el Articulo summarissimo de manutencion, y solo con esta preten-

sion,

ſion, ſin averſela contradicho, ni conſentido el Don Juan Antonio, ſe deſiſtiò del poſſeſſorio, que tenia intentado, y puſo ſu demanda en propriedad. De forma, que ſobre la manutencion no huvo determinacion.

50. Y quando por valerſe la Hermandad de el lugar de Roxas la huvieſſe avido, y que interlocutoriamente ſe la huvieſſe concedido el Alcalde Mayor; aun le quedaba juriſdiccion por dos medios: El primero, porque eſta manutencion caìa ſobre el poſſeſſorio intentado por el dicho Don Juan Antonio con admixta cauſa de propriedad, conque ſe reſervò la juriſdiccion: Y el ſegundo, porque en el Auto, en que interlocutoriamente declaràra el Alcalde Mayor la manutencion, avia de ſer con la clauſula de ſin perjuyzio de la propriedad, y que la Hermandad reſpondieſſe â la demanda pueſta ſobre ella, y quando expreſſamente no ſe huviera pueſto, ſe entiende pueſta por Derecho, y en eſte caſo ſe conſerva la juriſdiccion.

51. Eſta concluſion es tan ſegura, que en terminos de concurſo, â que concurriò el Clerigo, y ſe le mandò pagar abſolutè ſin clauſula preſervativa, puede ſer condenada por la revocatoria, â que la buelva, ſin q̃ le valga el fuero, por entenderſe implicita, ſegun lo fundò dilatadamente D. Salg. 2. *part. Lab. cap.* 2. *â num.* 95. *&* 4. *part. de regi cap.* 14. *num.* 125. *&* 126. y lo miſmo, quando al Clerigo ſe le diò poſſeſsion de la herencia, ò en la proviſion de el interdicto retinendæ ſummariſsimo, & cum multis fundat Cortiad. *deciſ.* 241. *â num.* 19. *ad* 20. y deſde eſte, haſta el fin de la deciſsion, toca ſobre el poſſeſſorio, que ſe declarò â ſu favor por el Juez Real, y ante èl miſmo ſe intentò el petitorio, cuyo lugar ya ſe ha tocado. Y â que conduce D. Larr. *deciſ.* 6. en terminos de heredero, que pidiò la poſſeſsion coram Iudice ſæculari, y ſe le diò ſine præiudicio, reſolviendo eſtàr obligado allì â reſponder ſobre lo que ſe ofreciere en el miſmo aſſumpto.

52. Tampoco puede aver reparo, en que el Alcalde Mayor previno legitimamente el juyzio, por aver admitido la pretenſion de el Don Juan Antonio, ſobre el poſſeſſorio; la contradiccion de la Hermandad, y manutencion, que intentò; y tambien el deſiſtimiento, que de el poſſeſſorio hizo el dicho Don Juan Antonio, y demanda,



que

que en la propriedad puso con la situacion; que se hizo, de que resultò lo legitimo de la prevencion ad latè tradita per Carlev. *tit.* 1. *disp.* 2. *â num.* 870. *&* *per* D. Vel. *dissert.* 40. *â num.* 50. Explicando los dos capitulos, al parecer antinomiados, el *Relatum.* 19. *y el Gratum.* 20. *de offic. & potest. Iudic. deleg.* Quedando por todos medios firme, que por ser esta materia de Mayorazgo, y de la misma naturaleza los bienes, que pretende la Hermandad sean suyos, toca privativamente â el Alcalde Mayor el conocimiento.

# PVNTO SEGVNDO.

53. NON SVFFICIT INVENIRE, QVÆ DICI *possint, nisi inventa ordine, atque iudicio dispensentur,* dixo Gabriel Pereyra de Manu. Reg. principiando el *cap.* 6. *de violenti. notori.* tomado de Ciceron en el *lib.* 1. de *Oratore.* y aunque â favor de la Jurisdiccion Real Ordinaria, que exerce el Alcalde mayor, sobran fundamentos, para que se declare la fuerza, que comete el Juez de la Santa Iglesia, se ha vsado de la division, para que con ella se comprehenda mas la justicia, que le assiste.

54. Y aunque en el primero medio se procurò fundar, que por vinculados estos bienes, era privativo de la Jurisdiccion Real el conocimiento; sin embargo, de que esta qualidad totalmente se quitasse, y que la vinculacion huviesse durado vnicamente hasta Don Geronymo Caro Galindo, de calidad, que despues de èl se tuviessen como libres, aunque siempre con respecto â la Doña Elvira de Escamilla, para que D. Juan Antonio, y demàs transversales de la susodicha no perdiessen el derecho; no obstante, conteniendonos vnicamente en la disposicion del dicho Don Geronymo, en virtud de que pretende fundar el suyo la Hermandad, no se halla en el Juez Eclesiastico jurisdiciõ, para que pueda, y deba inhibir â el Alcalde mayor, por faltarle los requisitos essenciales, que le constituiàn la qualidad atributiva de su jurisdiccion.

55. Y procediendo â la justificacion de esto, es constante de los autos, y se expressò al *num.* 6. que contemplandose Arbitro absoluto el dicho Don Geronymo, para deshazer la vinculacion, y disponer de los bienes de ella, de-

dexò por vsufructuaria â Doña Luciana Ramirez de Montalvo, su muger, para que los gozasse todos, y de los demàs rayzes de otros vinculos, y proprios del Testador, sin que pudiesse vender cosa alguna de ellos, atributarlos, ni empeñarlos, antes si, avia de tener obligacion de cuydar mucho de sus beneficios, y reparos, de manera que fuessen en aumento, y no en diminucion. Y despues pone la clausula siguiente: *Y en fin de los dias de la vida de la dicha señora Doña Luciana Ramirez de Montalvo, mi muger, ha de succeder en todos los dichos bienes rayzes, y yo se los dexo, y mando à la Hermandad de la santa Misericordia.*

56. Segun el contexto de esta clausula, que es el vnico titulo de la Hermandad, se puede, y debe dudar con razon para lo preciso del Clericato; què derecho fue el que se le adquiriò â la Hermandad, mediante el qual pueda dezir en justicia, que los bienes de la dicha Doña Elvira sean suyos, para que por razon de dominio, ô possessión, al tiempo, que intentò el sumarissimo, ò el Clericato, se deban considerar proprios? Y â la verdad, ni dominio, ni possession se le debe considerar. Y respecto de que en esto consiste lo principal de este segundo medio de defensa, se procurarà explicar con la mayor claridad, y brevedad, que convenga.

57. Para lo qual se supone, que, aunque por la disposicion del dicho Don Geronymo desde luego fuesse heredera la Hermandad, sin dificultad alguna, no constando, que, aunque acceptasse la herencia, huviesse pedido, y que con efecto se le huviesse dado possession de ella, no hizo los bienes patrimonio suyo, para que pueda, convenida sobre alguna pretension, intentar Clericato.

58. Suele ser comun, que por la acceptacion de la herencia se hazen patrimonio proprio de el heredero los bienes; cuya proposicion llevò Carleval en diferentes partes, signanter tit. 1. *disp.* 2. *num.* 302. & comprobatur *ex L. Sed etsi plures. §. Filio. ff. de vulg. L. Qui Patri.* 59. *ff. de adquirend. vel amit. hæredit.* y con la opinion de Gutierr. *in L. Nemo potest. num.* 76. *ff. de legat.* 1. D. Valenz. *cons.* 17. *num.* 31. D. Vela *dissert.* 40. *num.* 64. y otros: pero todos proceden en regla general, cuya especial limitacion consiste, en que, aunque por la *ley Cùm hæredes. ff. de adquir. possess.* por la acceptacion

de

de la herencia passaba al heredero el dominio; pero no la possession: segun lo dispuesto por el Derecho Real, *in L.* 1. *tit.* 14. *part.* 6. de qua el Author de la Curia 2. *part.* §. 27. *num.* 1. lo que se transfiere por la acceptacion, es el derecho, pero no la possession, mediante ser *quid facti*, y sino se aprehende, no se adquiere, en que và conforme Anton. Gom. *in L.* 45. *Tauri. num.* 103. *taliter*, que como dize al *num.* 54. la debe aprehender per *actum verum, & naturalem, non autem per aspectum oculorum.*

59. Conque, ô la Hermandad, al tiempo que saliò ante el Alcalde mayor, ô al tiempo, que intentò el Clericato, avia tomado, â mas de la acceptacion de la herencia, possession de los bienes, real, y actual, ô no la avia tomado: Si en el primero caso no consta; y si no la tenia, por lo mismo; no bastando el derecho, que por la institucion, y acceptacion se le adquiriò en los terminos de la suposicion, en que se và discurriendo.

60. Y para prueba de la variedad, con que ha procedido, es muy del caso se tenga presente, que quando saliò intentando la manutencion, y presentando el testamento de el dicho Don Geronymo, supuso avia muchos años, que posseìa los bienes de la herencia, como se notò al *num.* 7. y quando muriò Doña Luciana, que fue en 1. de Enero de este año, presenta testimonios, para justificar, que por muerte de esta, entrò en la possession, y se notò al *num.* 11. Con cuya variedad se comprueba, que ni al tiempo de el Articulo de manutencion, ni al de el Clericato tenia possession; ni en realidad de verdad la podia tener, porque si los bienes todos los avia de gozar la Doña Luciana, aun en la propriedad, pues se le encargò, no los vêdiesse, atributasse, ni obligasse, vsufructuandolos, hasta tanto q̃ esta muriò; mantuvo la tenencia, y possession de ellos, de calidad, q̃ hasta que falleciò dicha Doña Luciana, que fue en 1. de Enero de este año, fue incapàz de que la possession real, y actual estuviesse, ni pudiesse estàr en la Hermãdad; evidenciandose, que en ninguno de los dos tiempos, ni en el de la manutencion, ni en el de el Clericato tuvo possession, en q̃ este consistiesse, aun quando se le confessasse â la Hermandad, que no se le confiessa, tuviesse derecho â la propriedad, viviendo la dicha Doña Luciana, segun la disposicion de D. Geronymo Caro. *De quo inferiùs tractabimus.* Sin

61. Sin que le pueda valer el efugio, de que por la possession de Doña Luciana, contemplandola mera vsufructuaria, se le adquiriò derecho firme, como proprietario dicha Hermandad; de calidad, que no necessitasse de tomar possession, la que quiera discurrir, que como *per constitutum, vel per actum fictum*, se le transfiriò; como en terminos de donacion, y contratos, parece se prueba de los *text. in L. Quisquis. C. de donat. L. Siquis argentum. §. Sed siquidem. ff. Eodem.* donde el Donante, que reservò el vsufructo, *per actum fictum, vel per constitutum*, passa la possession civil â el donatario, â cuyo favor fue la propriedad, practicandose lo mismo en las ventas, û otras qualquiera enagenaciones de propriedades con retencion del vsufructo; y que bastando la possession civil para la manutencion, *vt sunt notoria iura apud post. observ. 54. per totam*, & præcipuè *num.* 80. teniendo lo bastante para obtener en el Clericato.

62. Porque à esto se responde, lo primero, con la diferencia, que ay entre contratos, y vltimas voluntades, como en terminos de Legado condicional, en que no es dueño el Legatario, hasta que se purifique la condicion, la funda D. Olea *tit. 3. quæst.* 10. *num.* 8. concluyendo, en que *ius fideicommissi, & substitutionis competens ex contractu transmittitur ad hæredes; secùs verò si competat ex vltima voluntate.* Y lo segundo, porque en las herencias es especial, que el heredero aprehenda verdadera possession natural, *ex text. in dict. L. Cùm hæredes. ff. de adquirend. possess.* ibi: *Possessio autem nisi naturaliter comprehensa sit, ad nos non pertinet.* Deduciendo de estas palabras Antonio Gom. *in dict. L. 45. Taur. num.* 54. *vers. Quintò subtiliter.* vna nueva consideracion, que consiste, en que el Consulto expressamente pidiò, *quòd possessio quæratur per actum verum, & naturalem.*

63. Y procediendo al segundo medio de la propriedad, y derecho ninguno, que â la Hermandad, viviendo Doña Luciana, se le adquiriò; es constante, que segun la disposicion de el dicho Don Geronymo, su muger no fue legataria del vsufructo, sino heredera en todos los bienes rayzes, y por su muerte, instituìda la Hermandad; con esta diferencia, que la Doña Luciana, aunque dueña de el vsufructo, no podia disponer de la propriedad: circunstancia, que por su muerte se quitò, llegando â succeder la

F Her-

Hermandad. Y aun sin recurrir â reglas de Derecho, se colige esto sin violencia de la clausula; porque si el animo de Don Geronymo huviesse sido desde luego dexar por vsufructuaria â su muger, y proprietaria â la Hermandad, huviera formado de otra manera la clausula, haziendo la institucion desde luego de la propriedad, y que con ella se consolidasse el vsufructo por muerte de la Doña Luciana, sin mandar, que por muerte de esta succediesse en propriedad, y vsufructo la Hermandad.

64. La certeza de esta conclusion se halla en la disposicion de Derecho, de que haziẽdose cargo D. Salgad. 1. *part. Labyr. cap. 2. §. Vnic.* moviò la question, si aviendose hecho institucion â alguno de el vsufructo por titulo de Legado, ô de institucion, y despues de la muerte de este nombradose otro heredero, si se deberà â la herencia, como yacente, â instancia de los Acreedores darse Curador, y disputando, en quanto â este punto de Curador, como herencia yacente, refiere las dos opiniones afirmativa, y negativa, y quedando en la de que no debe darse Curador, porque, ô bien sea el vsufructo dexado por titulo de Legado, ô bien por institucion, siempre ay hedero, de calidad, que nunca pueda decirse yacente la herencia.

65. Y desde el *num.* 12. toca la question de nuestro caso, de quando vno fue instituido heredero en el vsufructo de herencia, y despues de la muerte de este dado otro heredero vniversal, dudando sobre si la primer institucion se resolverà en Legado de vsufructo, de calidad, que el segundo se entienda puramente instituido en la propriedad, en tanto grado, q̃ al instante pueda adir, y transmitir la herencia, aunque muera en la vida del vsufructuario, en el concepto de que no sea heredero condicional.

66. Y aunque el señor Castill. *de vsufruct. cap.* 8. disputando esta question cum D. Covarr. & aliis, *num.* 43. se aplique â la opinion, de que el primero sea legatario, sin embargo, D. Salgad. *num.* 13. lleva la contraria, diciendo ser mucho mas comun, y recibida, *vt scilicet institutus in vsufructu hæreditatis sit verè hæres in tota hæreditate, & proprietate bonorum: institutus autem post eius mortem sit fideicommissarius, cui institutus in vsufructu post mortem restituere gravatus intelligatur.* para que cita â muchos, y añade, que el señor Castill. *dict-*

*dict. cap.* 8. *num.* 41.*y*42. no pudo menos, que confessar, que esta opinion era la mas comunmente recibida, prosiguiendo D. Salgad. en que Menochio en el *conf.* 1112. la llevò con veinte y seis Authores, y al *num.*15. citando â Mantica dicho señor Salgado, trae vna limitacion muy de nuestro caso; porque si instituida la muger en el vsufructo, despues de su muerte lo es vn hijo del Testador; en este caso se entiende la muger legataria; pero si fue instituido despues de ella vn estraño, es propriamente heredera. Exornando su opinion con Peregrin. *de fideicom. art.* 5. *ex num.* 21. Fusar. *de substit. quæst.* 277. *per totam, & ex num.*44. concluyendo al *num.* 25. *fin. Quòd quando quis institutus est in vsufructu, & alius datus hæres post eius mortem, si iste vivo priori moriatur, non transmittit hæreditatem, cùm sit vocatus conditionaliter, & post diem incertum, QVI NON POTVIT ADIRE, NEC TRANSMITTERE, ET GRAVATVS REMANET CVM TOTA HÆREDITATE.*

67. De esta vltima resolucion de el Sr. Salgado se confirma todo lo discurrido en este segundo medio, aun en los terminos de la suposicion de tener derecho la Hermandad â la propriedad de los bienes, y no aver tomado possession, adelantandose aora con manifestarse, no aver podido aver possession, mediante no tener derecho â los bienes por aver sido la Doña Luciana purè instituta, de calidad, que quando en su vida pudiera aver muerto la Hermandad, no se le podia aver transmitido el derecho, ni el de poder adirla. Con que faltandole el derecho de presente *ad text. in L.* 1. *& per totum. ff. de Adquir. rer. domin.* falta por consiguiente la possession; y aunque se le contemple heredero condicional pendiente la condicion, no es Acreedor, por depender su Derecho de vltima voluntad â diferencia de los contratos, vt nuper cum D. Olea. *tit.* 3. *quæst.* 12. *num.* 8. dicebamus.

68. Confirmase mas la opinion de el Sr. Salgado con la de Capicio Latro, â quien no cita, y en cuyo caso se halla la mayor cōprobacion de nuestro assumpto por la disparidad de terminos, con que se resolviò, y diferencia de circunstancias, que alli concurrieron respecto de las de el caso presente, q̃ para su mayor inteligencia es el siguiente.

69. Propone, pues, Capic. Latro. *consult.* 112. la es-

pe-

pecie, de q̃ aviendo otorgado su testamẽto el año de 618. D. Geronymo Exarques, ê instituido por su heredero vniversal â vn hermano suyo, y en otros bienes â su muger, la que quiso fuesse tan solamente vsufructuaria de ellos, y que por su muerte los gozasse vn sobrino suyo, hijo de el dicho su hermano, y heredero, por quien aviendose pretendido, que la cuñada afianzasse, por ser solo vsufructuaria, y defendiendose esta, con que no lo era, sino heredera en la propriedad; tocando los fundamentos de ambas partes, y afirmando al *num.* 30. ser mas comunes los que hablan â favor de la muger, sin embargo funda contra ella, por aver concurrido tres circunstancias: La primera, que su nombramiento, segun el testamento de su marido, fue con la taxativa *tantùm*, reducida al vsufructo: La segunda, aversele dado coheredero in primo gradu: Y la tercera, que el nombrado despues de ella era pariente de el Fundador, sobrino, hijo de su hermano; quedando en la opinion, de que â no concurrir estas circunstancias, era la muger heredera sin la menor dificultad.

70. Y faltando en nuestro caso la taxativa *tantùm*; que se huviesse dado coheredero in primo gradu; y que fuesse nombrado en lugar de la Doña Luciana, persona pariente del Don Geronymo Caro Galindo, no tiene question el derecho firme, que se le adquiriò por la institucion, y el ninguno, que tiene la Hermandad.

71. Y bolviendo â las clausulas de el testamento de Don Geronymo Caro, se colige la voluntad, que tuvo de dexarla por heredera, porque siendo de la naturaleza de el vsufructo, que el vsufructuario nada tenga en la propriedad, y q̃ este la aya de conservar indemne, de calidad, que ipso Iure està obligado el vsufructuario, â afianzar: No solo no le puso esta clausula de fianzas, sino que le añadiò, la de que los bienes no los pudiesse vender, ni en otra manera disponer de ellos, en cuyo caso hablô el Consulto *in L. Proculus. ff. de vsufruct.* En cuya especie aviendose dexado el vsufructo de vna isla con la condicion, de que las casas, que estaban en ella edificadas, no se levantassen mas de lo que estaban; decidiò, que por esta clausula se entendia dexada la propriedad, con cuyo texto toca esta question D. Dastill. *de vsufruct. cap.* 30. *num.* 25. y con este moti-

tivo, la de quando se puso la clausula de no enagenar, prout in nostro casu, refiriendo todas las opiniones de los Authores, que lo tocaron, que comprueba mucho lo que queda discurrido, y fundado, con que concurre, que por contemplarse sin derecho en la propriedad la Hermandad, no pidiò en todo el tiempo, que viviò Doña Luciana, afianzasse.

72. De todo lo discurrido hasta aqui, se viene en conocimiento, que aviendo intentado el possessorio Don Juan Antonio ante el Alcalde Mayor, y desistidose de èl, puesto la demanda en la propriedad, esta se debiò, entender vnicamente con Doña Luciana por heredera, y no puramente vsufructuaria, y no teniendo la Hermandad entonces, ni derecho en la propriedad, ni por consiguiente possession, *vt ex fundamentis proximè traditis satis manifestum est*: Se sigue, que la jurisdiccion de el Alcalde Mayor, quedò prevenida etiam per libelli oblationem, como fundô D. Salgad. *de reg.* 4. *part. cap.* 8. *num.* 302. en terminos de beneficio, Iglesia, fideicommisso, Mayorazgo, y demàs.

73. De calidad, que por muerte de la Doña Luciana, està obligada la Hermandad â proseguir aquel Litigio, sin valerse de la declinatoria; como abundantissimamente tocò, y fundò este punto Cortiad. *decis.* 151. *num.* 50. cum multis, que por ser de el caso sus palabras se ponen â la letra: *Intellige, si lis esset cœpta coram Iudice sæculari, cum hærede gravato, ex actione quæsita per ipsum hæredem nomine proprio: Secùs verò si lis esset cœpta apud Iudicem sæcularem, cum hærede gravato actione reali nomine fideicommissi; nam tunc Clericus fideicommissarius vniversalis laici, tenetur eam litem activè, & passivè prosequi, & continuare coram eodem Iudice sæculari, quia in illum transit lis, & instantia.*

74. Sin que obste huviesse salido la Hermandad ante el Alcalde Mayor, intentando manutencion, por aver salido sin Derecho, ni possession; y en estos terminos, vino como voluntario, no siendo Actor, ni reo, pues nada tenia entonces: con que se evaqua, lo que se pudiera dezir, de que vino causativè, para proporcionar la opinion de Cortiada *decis.* 242. *per totam*, & precipuè *num.* 83. pues el concepto, en que alli procede, es en el de que teniendo el Clerigo, ò Iglesia, Derecho, de que no se dude, salga ante

el Juez Real, ê intente el summarissimo, y luego quiera ser reconvenido ante el mismo Juez Real, en que ay la duda, si la cōparecencia del Clerigo fue volūtaria, ò coacta: y como quiera que en nuestro caso se le niega totalmante â la Hermandad el Derecho, pues todo el q̄ quedò por muerte de Don Geronymo Caro recayò en Doña Luciana, se sigue, q̄ el aver salido, fue tan volūtario, q̄ aunq̄ no lo huviera hecho, nada huviera perdido, pues sin derecho nō ay fuero.

75. Esto lo debiò tener tan presente la Hermandad, que como està alegado en el pleyto, aviendo vacado por muerte del mismo Don Geronymo otros dos vinculos; el vno fundado por Gracia Caro; y el otro por Juana Velazquez, de cuyos bienes tambien dexò por vsufructuaria â su muger, en la misma forma, q̄ en el vinculo de nuestro caso, aviendo salido pretendiendolos, ê intentado el possessorio D. Juan de Nava Castellano, y el Conde de Miravalle, compareciò la Hermandad en los mismos autos, y sin intentar declinatoria se ha mantenido ante el Alcalde mayor, y de su determinacion tiene apelado â la Real Chancilleria de Granada, donde oy paràn los autos, y se deduce de el testimonio presentado en el pleyto *fol.* 74.

76. Y concurriendo, para el punto de el fuero, en aquellos dos vinculos, las mismas circunstancias, que en este, la novedad, que ha querido intentar con el Clericato manifiesta evidentemente el fin particular, con que procede: mayormente, quando convenida la Hermandad por Doña Gabriela Caro sobre ciertas deterioraciones, se declarò hazia fuerza el Juez de la Santa Iglesia en conocer, y proceder; y si *fas est dicere*, la mente de la determinacion de V.S. parece no puede ser otra, que considerar el ningun derecho, que entonces tenia la Hermandad, por residir todo en la dicha Doña Luciana, como heredera: Siendo este el fin de averse presentado testimonio del dicho Auto de fuerza, que por obstarle â la Hermandad, y no tener que responder, recurre, â que para su providencia precediò discordia, lo que para el caso, se tiene por materialidad.

77. Sentado, pues, por constante el ningun derecho, que viviendo la Doña Luciana, tenia la Hermandad, pues ni aun se puede valer de el de futuro con causa de presente, por la diferencia de contratos â vltimas volun-

tades, que obfervamos con el Sr. Olea, y las demàs comprobaciones, que quedan tocadas: No le queda otro afylo, que el de el aver muerto la Doña Luciana, pendiente el Clericato, y defde entonces aver tomado posfefsion de los bienes, arrendandolos, y haziendo otros actos, como fe notò al *num.* 11. En cuyo cafo fe difcurre, dirà, que pendiente dicho Clericato, adquiriò derecho firme â los bienes, los que por la posfefsion, fe hizieron patrimonio fuyo.

78. Cuya inftancia eftà diluida baftantemente, con lo que queda difcurrido; porque, fi para prevenir el Alcalde Mayor fu jurifdiccion Ordinaria, baftò la oblacion de el libelo de la demanda en la propriedad, vt cum D. Salg. & aliis relatis â Cortiada nuper dicebamus: Si entonces, quien era verdaderamente reo convenido, era la dicha Doña Luciana, y los bienes del Vinculo profanos, y afsi la fufodicha, como fu marido, fujetos â la Jurifdiccion Real; comenzado el pleyto en efte fuero, y fuccediendo la Hermandad *poft litem cœptam cum laico, tenetur profequi, & continuare litem coram Iudice fæculari*, fin deberfe valer de la declinatoria; vt funt iura vulgaria apud Authores, precipuè Carlev. *tit.* 1. *difp.* 2. *num.* 940. 942. 962. *&* 963. *& ex aliis per textum in L. Vbi cœptum. de Iudic. & L. A Divo Pio. §. Si poft addictum. ff. de re iudic.*

79. Ex quibus: Efpera el Alcalde Mayor, y la Jurifdiccion Real, que exerce, fe declare la fuerza â fu favor, y que el Juez de la Santa Iglefia la haze en conocer, y proceder, proveyendofe el Auto de Legos en forma. Salva T. S. D. C. cuius fub Aufpiciis hæc qualia, qualia funt. Sevilla, y Septiembre 9. de 1724. años.

*Lic. Don Juan Jofeph de Padilla Velazquez.*